



## Abschreibungsentscheid vom 15. Oktober 2021

---

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richter Christian Winiger, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch  
Martin Frana, Rechtsanwalt,  
Anwaltskanzlei Frana,  
Marktgasse 10a, 4310 Rheinfelden,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen AG,**  
Einkauf, Supply Chain und Produktion,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und/oder  
Dr. iur. Pandora Kunz-Notter,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Zuschlag betr. Projekt "Instandhaltung SBB Infrastruktur  
Wagen"; SIMAP-Projekt-ID: 216436;  
SIMAP-Meldungsnummer: 1198149.

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,**

dass die Schweizerischen Bundesbahnen AG (nachfolgend: Vergabestelle) am 5. März 2021 auf SIMAP einen Dienstleistungsauftrag "Instandhaltung SBB Infrastruktur Wagen" im offenen Verfahren publiziert hat (Meldungsnummer 1179691; Projekt-ID 216436),

dass die Vergabestelle am 4. Juni 2021 den Zuschlag an die B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) erteilt hat (Meldungsnummer 1198149),

dass die A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) dagegen am 23. Juni 2021 Beschwerde erhob mit nachfolgenden Rechtsbegehren:

1. *Es sei der Zuschlag vom 4. Juni 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1198149) im Vergabeverfahren Projekt-ID 216436 aufzuheben und es sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.*
2. *Eventualiter sei der Zuschlag vom 4. Juni 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1198149) im Vergabeverfahren Projekt-ID 216436 aufzuheben und die Sache mit verbindlichen Anweisungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.*
3. *Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots sowie in die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren Projekt-ID 216436 zu gewähren.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST).*

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 2. Juli 2021 mitteilte, mit der Zuschlagsempfängerin am 1. Juli 2021 einen Vertrag betreffend das Projekt "Instandhaltung SBB Infrastruktur Wagen" abgeschlossen zu haben,

dass das Gericht der Beschwerdeführerin deshalb mit Verfügung vom 6. Juli 2021 Frist ansetzte, ein allfälliges Schadenersatzbegehren zu stellen,

dass die Zuschlagsempfängerin auf eine Teilnahme am Verfahren als Beschwerdegegnerin verzichtet hat,

dass die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 27. August 2021 folgendes Schadenersatzbegehren stellte:

*Es sei die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 6'300.00 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% ab Datum des Beschwerdeentscheids.*

dass sie zur Begründung geltend machte, ihr sei im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Offerte ein Aufwand von (...) Stunden à Fr. (...) entstanden,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 9. September 2021 beantragte, das Verfahren sei infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, eventuellicher sei auf die Beschwerde nicht einzutreten; zudem seien weder Gerichtskosten zu erheben noch eine Parteientschädigung zuzusprechen,

dass die Vergabestelle zur Begründung geltend machte, unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht den geforderten Betrag von Fr. 6'300.– auf das Konto der Beschwerdeführerin überwiesen zu haben, womit sich der Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin als erfüllt erweise und kein Raum mehr für ein selbständiges Feststellungsbegehren bleibe,

dass die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 1. Oktober 2021 zu den Anträgen der Vergabestelle Stellung nahm und ihrerseits folgende Anträge stellte:

- 1. Es seien die Anträge der Vergabestelle in der Eingabe vom 9. September 2021 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Es sei festzustellen, dass der Zuschlag vom 4. Juni 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1198149) im Vergabeverfahren Projekt-ID 216436 unter Verletzung von Art. 11 BöB erfolgt ist.*
- 3. Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in jene Akten des Vergabeverfahrens Projekt-ID 216436 zu gewähren, mit welchen die Vergabestelle sich über die Einhaltung ihrer Pflichten im Zusammenhang mit der Abklärung hinsichtlich der Einhaltung des Gebots der Wettbewerbsneutralität ausweist.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vergabestelle.*

dass sie im Wesentlichen vorbrachte, Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) statuiere einen selbständigen Feststellungsanspruch, an welchem sie festhalte,

dass sie im Übrigen zur Begründung darlegte, weshalb der Zuschlag vom 4. Juni 2021 unter Verletzung von Art. 11 BöB erfolgt sei,

dass sie sich daneben inhaltlich zwar zum Eventualbegehren der Vergabestelle auf Nichteintreten, nicht jedoch zur Frage der Gegenstandslosigkeit äusserte,

**und zieht in Erwägung,**

dass die in Frage stehende Dienstleistung in den Anwendungsbereich des BöB fällt (Art. 4 Abs. 2 Bst. a BöB, Art. 8 BöB, Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4, Art. 10 BöB), weshalb die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (Art. 32 f. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) richtet, soweit das BöB nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 55 BöB),

dass das BöB keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation enthält, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist,

dass danach zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG),

dass ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch zum Urteilszeitpunkt vorliegen muss (BVGE 2009/31 E. 3.1),

dass vorliegend unbestritten ist, dass mit dem Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagempfängerin die Beschwerdeanträge auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und auf Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin bzw. auf Rückweisung an die Vorinstanz gegenstandslos geworden sind (vgl. Urteil des BVGer B-7062/2017 vom 22. August 2019, E. 1.3),

dass deshalb an die Stelle dieses Primärrechtsschutzes als Streitgegenstand der Sekundärrechtsschutz getreten ist, namentlich die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung (Art. 58 Abs. 2 BöB) sowie der vergaberechtliche Schadenersatzanspruch (Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB),

dass zwar das Begehren auf Feststellung der Rechtsverletzung als in den Beschwerdeanträgen auf Primärrechtsschutz mitenthalten gilt, ein Schadenersatzbegehren jedoch explizit gestellt werden muss (MICHA BÜHLER,

in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 58 N 23),

dass die Beschwerdeführerin, nachdem ihr eine entsprechende Frist eingeräumt wurde, ein Schadenersatzbegehren gestellt hat,

dass allgemein im Verwaltungsrecht Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens das Vorliegen eines Feststellungsinteresses ist und ein solches gegeben ist, wenn die antragstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde; wobei auch ein bloss tatsächliches Interesse genügt (Urteil des BVGer A-5218/2013 vom 10. Oktober 2013 E. 1.2.2 m.H.),

dass im Weiteren verlangt wird, dass das Interesse besonders, direkt und aktuell ist, wobei die Aktualität nicht mehr gegeben ist, wenn das Rechtsschutzinteresse dahingefallen ist (ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, Art. 25 N 17 m.H.),

dass anders als im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht im Vergaberecht das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ein hinreichendes Interesse darstellt, um eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der stritten Verfügung zu erwirken; denn nur bei einer gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung gemäss Art. 58 Abs. 2 BöB kann die Beschwerdeführerin überhaupt nach Massgaben von Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB (teilweisen) Ersatz des ihr entstandenen Schaden fordern (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.6; BÜHLER, a.a.O., Art. 58 N 24),

dass die Feststellung der Rechtsverletzung somit Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch darstellt,

dass daraus umgekehrt aber auch folgt, dass mit der Bezahlung des Schadenersatzes in der verlangten Höhe das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin weggefallen ist, da sie keinen praktischen Nutzen an der Feststellung einer allfälligen Rechtsverletzung mehr hat,

dass das Beschwerdeverfahren daher als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist,

dass dieser Entscheid mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichtes 5A\_272/2012 vom 3. September 2012 (E. 1) nicht im einzelrichterlichen Verfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu erfolgen hat,

dass die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt werden, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass die Vergabestelle mit der Bezahlung des geforderten Schadenersatzes die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat und demnach als unterliegend anzusehen ist,

dass vorliegend jedoch in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG und Art. 6 Abs. 1 Bst. b VGKE auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist,

dass die Vergabestelle ohnehin keine Verfahrenskosten zu tragen hätte (Art. 63 Abs. 2 VwVG),

dass die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE), wobei bei gegenstandslosen Verfahren Art. 5 VGKE sinngemäss gilt (Art. 15 VGKE),

dass entsprechend die als obsiegend geltende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten der Vergabestelle hat,

dass diese ermessensweise sowie praxisgemäss auf Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen ist.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Beschwerdeverfahren B-2963/2021 wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Abschreibungsentscheides zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteient-schädigung von Fr. 2'500.– zugesprochen.

**4.**

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 216436; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Auszug, A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Corine Knupp

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 20. Oktober 2021